Ueber die Gefahr beim Vorbehaltskauf

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

an der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät

der Universität Rostock

vorgelegt von

Referendar Carlos Neumann

Düsseldorf

Carl Hinstorffs Hofbuchdruckerei / Rostock

1934

Referent: Professor Dr. Rudolf Henle.

Tag der mündlichen Prüfung: 21. Dezember 1933.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Verzeichnis der benutzten Bücher und Schriften.

Lehrbücher und Kommentare.

Cosack: Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. 1898.
Crisolli: Das Reichsgesetz betr. die Abzahlungsgeschäfte vom 16. Mai 1894. Berlin und Leipzig 1931.
Crome: System des Deutschen bürgerlichen Rechts. II. Bd. 1902.
Dernburg: Einführung in das Studium des bürgerlichen Rechts, Lehrbuch des bürgerl. Rechts.
Düringer-Hachenburg: Das Handelsgesetzbuch. 3. Aufl.
Enneccerus-(Lehmann): Lehrbuch des bürgerl. Rechts. II. 12. Bearbeitung 1932.
Henle: Lehrbuch des bürgerl. Rechts. I. Berlin 1926.
Mugdan: Die gesamten Materialien zum BGB. für das Deutsche Reich.
Oertmann: Das Bürgerliche Gesetzbuch. 5. Aufl. 1929.
Schreuer: Deutsches Privatrecht. 1921.
J. v. Staudingers Kommentar zum BGB. und dem Einführungsgesetze. 10. Aufl. 1934.
Stein-Jonas: Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. 14. Aufl. 1930.
Reichsgerichtsräte-Kommentar zum BGB.

Dissertationen und Abhandlungen.

Behlau: Der Übergang der Gefahr beim Verkauf mit Eigentumsvorbehalt. Diss. Erlangen 1912.
Eckhardt: Die Gefahrtragung beim Kauf unter Eigentumsvorbehalt im Falle des § 455 BGB. Diss. Greifswald 1914.
Eißer: Die Gefahrtragung beim Kauf in rechtsvergleichender Darstellung. 1927.
Etzold: Die Zwangsvollstreckung des Verkäufers in die unter Eigentumsvorbehalt verkaufte Sache. Diss. Frankfurt 1928.
Frey: Das pactum reservati dominii. Diss. Heidelberg 1906.
Froelich: Beitrag zur Lehre vom Gefahrübergang beim Kauf nach dem BGB. Diss. Erlangen 1906.

Kisch: Die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen. Jena 1900.
Heyer: Der Gefahrübergang beim Kauf mit Eigentumsvorbehalt. Diss. Berlin 1911.
Jaffé: Der Eigentumsvorbehalt beim Kauf. 1910.
Rühl: Eigentumsvorbehalt und Abzahlungsgeschäft. 1930.
Schürmann: Eigentumsvorbehalt und Rücktritt beim Kauf (Kölner rechtswissenschaftl. Abhandl. Heft 3, 1932).
Stern: Die Gefahrtragung beim Kauf. Diss. Marburg 1909.
Stölzle: Viehkauf. 6. Aufl. 1926.
Stulz: Der Eigentumsvorbehalt im in- und ausländischen Recht. 3. Aufl. 1932.
Titze: Die Unmöglichkeit der Leistung nach deutschem bürgerlichem Recht. 1900.
Walsmann: Der Verzicht. Allgemeine Grundlagen einer Verzichtslehre und Verzicht im Privatrecht. 1912.

Aufsätze.

Biermann: Der Gefahrübergang beim Kauf mit Eigentumsvorbehalt. In: Recht 1915, 158.
Brecht: Bedingung und Anwartschaft. In: Iherings Jahrb. 61, 263 ff.
Eccius: Besprechung von: Das Recht des BGB. in Einzeldarstellungen. Gruch. Beitr. Bd. 41 S. 881 ff.
Haymann: In: Zeitschr. d. Savignystiftung, Romanist. Abt. Bd. 41 S. 44 ff.
Kahn: Gefahrübergang beim Verkauf mit Eigentumsvorbehalt. In: Recht 1903, 546.
Kluckhohn: Der Übergang der Gefahr beim bedingten Kauf und beim Kaufe unter Eigentumsvorbehalt. In: Iherings Jahrb. Bd. 64 S. 114 ff.
Levy-Seckel: In: Zeitschr. d. Savignystiftung. Romanist. Abt. Bd. 47 S. 117 ff.
Martinius: Zur Lehre von der Gefahr beim Kaufe nach dem BGB. In: Kohlers Arch. f. bürg. Recht. Bd. 17 S. 50 ff.
Nolte: In: Zeitschr. f. das ges. Handels- und Konkursrecht. Bd. 89 S. 52.
Oertmann: Leistungshandlung und Leistungserfolg. Zeitschr. f. d. ges. Handels- und Konkursrecht. Bd. 93 S. 356 ff.
— in Ehrenbergs Handb. des ges. Handelsrechts. 1918, 4. Bd. 2. Abt. S. 421 ff.
— Beiträge zur Lehre von der Erfüllungspflicht des Verkäufers. L.Z. f. deutsches Recht 1927 S. 9.
Pudor: Der Übergang der Gefahr beim Verkaufe mit Eigentumsvorbehalt. JW. 1905 S. 566.

Semecka: Das Wartrecht. In: Kohlers Arch. Bd. 35 S. 127.
Sinzheimer: Der Gefahrübergang bezügl. der sofort übergebenen bedingt verkauften Sache. In: L.Z. für Handels-, Konkurs- und Versicherungsrecht 1915, 682.
Starck: Gefahrübergang beim Kauf mit Eigentumsvorbehalt an beweglichen Sachen. In: Recht 1916 S. 558.
Stölzle: Gefahrübergang bei Vorbehalt des Eigentums bis zur vollständigen Bezahlung des Kaufpreises. L.Z. 1915 S. 500.
Wüstendoerffer: In Hanseat. Rechtszeitschr. Bd. 9 S. 491 ff.
Ziegler: Gefahrübergang beim Verkauf unter Eigentumsvorbehalt. In JW. 1910 S. 798.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Rechtsprechung der Oberlandesgerichte.
Seufferts Archiv.
Deutsche Juristenzeitung.
(Zit. nach Band und Seitenzahl.)

Anordnung.

Einleitung.

I. Grundsätzliches zur Gefahrtragung.

II. Das Prinzip des Gesetzes hinsichtlich der Gefahrtragung bei gegenseitigen Verträgen, insbesondere beim Kauf.

III. Geschichtlicher Überblick über die Entwicklung der Gefahrtragung beim Kauf.

IV. Der Meinungsstreit über die Gefahrtragung beim Vorbehaltskauf.

V. Der Inhalt der Leistungspflicht des Vorbehaltsverkäufers.

VI. Leistung des Vorbehaltsverkäufers nach §§ 929 S. 2, 930, 931 BGB.

VII. Das Ergebnis.

Einleitung.

In seinem Werk „Der Eigentumsvorbehalt im in- und ausländischen Recht" bezeichnet Stulz[1]) angesichts der Entwicklung der Frage des Gefahrübergangs in Deutschland es mit Recht als seltsam, „daß sich die Auffassung, wonach beim Kauf mit Eigentumsvorbehalt der Käufer die Gefahr von der Erlangung des Besitzes an trägt, nur einigermaßen mühsam durchgesetzt hat und auch heute noch nicht als communis opinio bezeichnet werden kann". In der Tat hat die Frage nach dem Träger der Gefahr beim Kauf mit Eigentumsvorbehalt seit Geltungsbeginn unseres Bürgerlichen Gesetzbuches in der Rechtslehre wie in der Rechtsprechung eine durchaus uneinheitliche Beantwortung gefunden. Wenn heute die Praxis, insbesondere das Reichsgericht, den Käufer von der Erlangung des Besitzes an die Gefahr tragen läßt und auch die Theorie immer mehr zu dieser Auffassung neigt, so kann angesichts der Fülle der Abhandlungen und Entscheidungen zu einer abermaligen Untersuchung der Streitfrage lediglich das gewiß nicht zu leugnende Interesse daran berechtigen, warum seltsamerweise die heute herrschende Auffassung nur unter großem Widerstande, dessen letzter Rest auch heute noch nicht zerschmolzen ist, sich durchgerungen hat. Der Versuch, dies festzustellen, hat wiederum zur notwendigen Voraussetzung eine Untersuchung der Gründe, auf denen die beiden sich gegenüberstehenden Ansichten über den Gefahrübergang beim Kauf mit Eigentumsvorbehalt beruhen.

Ein Beispiel möge zunächst die Frage verdeutlichen:

Ein Pferdehändler hat einem Landwirt ein Pferd zum Preise von 1000 RM. verkauft und übergeben. Die Parteien haben bei Abschluß des Kaufvertrages vereinbart, der

1) § 45.

Kaufpreis solle in fünf Raten zu je 200 RM. gezahlt werden und der Verkäufer bis zur Zahlung der letzten Rate Eigentümer des Pferdes bleiben. Nachdem der Käufer drei Raten gezahlt hat, wird das Pferd vom Blitz erschlagen. Nunmehr weigert sich der Käufer, die zwei restlichen Raten zu zahlen. Mit Recht?

Offenbar handelt es sich hier um einen Kauf, wie er infolge der wirtschaftlichen Verhältnisse insbesondere der Nachkriegszeit bei wertvolleren Sachen fast als die übliche Art des Kaufes heute anzusehen ist, nämlich um einen solchen nach § 455[2]). Diese Bestimmung lautet, soweit sie für die vorzunehmende Untersuchung von Interesse ist:

„Hat sich der Verkäufer einer beweglichen Sache das Eigentum bis zur Zahlung des Kaufpreises vorbehalten, so ist im Zweifel anzunehmen, daß die Übertragung des Eigentums unter der aufschiebenden Bedingung vollständiger Zahlung des Kaufpreises erfolgt..."

Das Gesetz stellt also in § 455 eine Auslegungsregel bezüglich des Eigentumsübergangs vom Verkäufer auf den Käufer auf, indem es mangels anderer Parteivereinbarung den Eigentumsübergang von der aufschiebenden Bedingung der vollständigen Zahlung des Kaufpreises abhängig macht. Hierbei ist zu beachten, daß es sich bei der Bedingung im Rechtssinne nach § 158 Abs. 1 nicht lediglich um eine „Modalität" oder Nebenabrede der Vertragsgegner handelt, sodaß bei Fortfall der Bedingung der Vertrag unter der Einschränkung des § 139 seine Gültigkeit behalten würde. Vielmehr würde das ganze Rechtsgeschäft ohne die dasselbe ergreifende Bedingung ein aliud sein gegenüber einem Rechtsgeschäft, das unter eine solche Bedingung gestellt ist. Das bedingte Rechtsgeschäft ist nach allgemeiner Anschauung einheitlich. Die einmal dem Rechtsgeschäft beigefügte Bedingung durchtränkt dessen gesamten stofflichen Inhalt so, daß sie von diesem nicht wieder gelöst werden kann, *sie ist ein durch das Rechtsgeschäft bestimmtes Erfordernis seiner selbst*. So tritt die Bedingung als gewillkürtes Erfordernis an die Seite der gesetzlichen Er-

---

2) Soweit in vorliegender Arbeit Paragraphen angeführt sind ohne Angabe des Gesetzes, handelt es sich um solche des Bürgerlichen Gesetzbuches.

fordernisse eines Rechtsgeschäfts, und § 455 bestärkt den Glauben an die Richtigkeit dieser Auffassung, indem er für den Fall des Kaufes mit Eigentumsvorbehalt die Auslegungsregel aufstellt, daß im Zweifel die Parteien das Erfordernis vollständiger Zahlung des Kaufpreises für den Eigentumsübergang aufgestellt, also neben die gesetzlichen Erfordernisse des Kaufvertrages ein weiteres willkürliches gesetzt haben. Dieser von Henle[3]) erstmalig vertretenen Auffassung der Bedingung gebührt m. E. bei systematischer Betrachtung der Vorzug vor allen jenen Meinungen, die durch das Moment der „in der Zukunft liegenden Ungewißheit bzw. Gewißheit" eine Verbindung von Bedingung und Zeitbestimmung geschaffen haben, die eine innere Berechtigung nicht besitzt.

Ein Kauf gemäß § 455 sei fortan hier Vorbehaltskauf genannt, eine Bezeichnung, die einigermaßen eindeutig besagt, daß sich der Verkäufer die eine seiner Hauptverpflichtungen, die Übereignung der Kaufsache an den Käufer, noch vorbehält. Dieser der österreichischen Praxis geläufige Ausdruck hat sich auch in der reichsdeutschen Theorie und Praxis immer mehr eingebürgert[4]).

Schon jetzt sei darauf hingewiesen, daß ein Vorbehaltskauf nach dem Wortlaut des § 455 nur an beweglichen Sachen möglich ist, denn bei Grundstücken ist eine bedingte Übereignung gemäß der ausdrücklichen Vorschrift des § 925 Abs. 2 unwirksam. Es kann dahingestellt bleiben, wie die bei einem Grundstückskauf in Unkenntnis der genannten Bestimmung von den Parteien vereinbarte Vorbehaltsklausel auszulegen ist[5]).

Aus dem oben angeführten Beispiel ist an Hand des § 455 zu ersehen, daß der Käufer bei Verlust des Pferdes zwar noch nicht dessen Eigentümer ist, denn er hat noch nicht alle Kaufpreisraten bezahlt, wohl aber ist er aufschiebend bedingt Eigentümer, bis mit Zahlung der letzten Rate er den Bedingungseintritt herbeiführt, der ihn zum (uneingeschränkten) Eigentümer macht. Wie sich jenes bedingte Eigentum zum letzteren verhält, wird noch zu erörtern sein.

---

3) S. 274 ff.
4) Rühl, S. 191.
5) Siehe darüber u. a. Jaffé, S. 9 f.; Heyer, S. 16.

Die Stellung des Vorbehaltskäufers in rechtlicher Hinsicht, insbesondere gegenüber dem Verlangen des Verkäufers nach Zahlung der restlichen Raten, m. a. W. die Gefahrtragung beim Vorbehaltskauf, haben die folgenden Ausführungen zum Gegenstande.

I.

Grundsätzliches zur Gefahrtragung.

„Der bloße Zufall trifft denjenigen, in dessen Person oder Vermögen er sich ereignet", so drückt das österreichische ABGB. in § 1311 einen der natürlichsten Rechtsgrundsätze aus und wiederholt damit den Satz des römischen Rechts: casum sentit dominus. Das Bürgerliche Gesetzbuch kennt eine derartige Bestimmung nicht. Sie ist auch entbehrlich. Der Kommentar der Reichsgerichtsräte [6]) bezeichnet es als in der Natur der Dinge liegend, „daß der Eigentümer einer Sache den Nachteil ihres Untergangs oder der Verschlechterung, das periculum rei, selbst zu tragen hat". Dem ist nichts hinzuzufügen. Denn solange sich eine Sache in der Rechtssphäre nur einer Person befindet, ist eine andere Lösung begrifflich nicht möglich. Sobald jedoch die Sache außer von dem Rechtskreis dieser Person noch in irgendeiner Weise von dem einer anderen Person, der jenen ersten Kreis überschneidet, umfaßt wird, ergeben sich andere Möglichkeiten hinsichtlich der Gefahrtragung. Freilich, der Verlust der Sache selbst kann nur den Eigentümer und etwaige dinglich Berechtigte treffen. Wenn aber die Sache außerdem noch dem Rechtskreis eines Dritten angehört, so ergibt sich die Möglichkeit, daß eben dieser Dritte kraft seiner schuldrechtlichen Beziehungen zu ihrem Eigentümer diesem so verpflichtet ist, daß sich der Untergang der Sache nicht nachteilig im Sinne einer Bestandsminderung für das Vermögen des letzteren, sondern für das des Dritten auswirkt. Solche Pflichten ergeben sich aus Verträgen, durch welche die Berührung der Rechtskreise verschiedener Personen hergestellt wird. Ist nach einem solchen Vertrage die Sache selbst Leistungsgegenstand, so hat ihr Untergang „zugleich Bedeutung für die Leistungsmöglichkeit, und so kommt hinzu die

6) Zu § 446, 4.

Frage, wer die Gefahr der Leistungsunmöglichkeit, das periculum obligationis, zu tragen hat“[7]). Treffend bezeichnet Heyer[8]) das letztere als „die Gefahr, die dem in dem Rechtsgut verkörperten Werte droht“. Ob der Inhaber dieses Rechtsgutes das periculum obligationis zu tragen hat oder derjenige, der kraft des Vertrages auf dieses Gut berechtigt ist, diese Frage behandelt die Lehre von der Gefahrtragung. Demgemäß ist im folgenden mit „Gefahr“ nur das periculum obligationis gemeint. In den Fällen, wo vertragsgemäß das Rechtsgut selbst den Gegenstand der Leistung bildet, sich also ein Übergang desselben von seinem bisherigen Inhaber auf einen anderen vollziehen soll, wird der Zeitpunkt festzustellen sein, von welchem ab das periculum obligationis nicht mehr denjenigen trifft, der zu leistet hat, sondern denjenigen, an den geleistet werden soll, m. a. W. der Zeitpunkt des Gefahrübergangs. Im allgemeinen wird dieser Augenblick unschwer festzustellen sein, nämlich dann, wenn sich der Übergang des Rechtsgutes von dem alten auf den neuen Inhaber so vollzieht, daß den für den Übergang notwendigen Erfordernissen rechtlicher und tatsächlicher Art zu gleicher Zeit genügt wird. Dann geht nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, wie noch darzulegen sein wird, grundsätzlich die Gefahr im Augenblick dieser Genügeleistung über. Wenn jedoch der Übergang des Rechtsgutes so vonstatten geht, daß den dafür in Betracht kommenden Erfordernissen erst nacheinander Genüge geleistet wird, dann bedarf es in Ermangelung einer Parteivereinbarung über den Zeitpunkt des Gefahrübergangs gesetzlicher Bestimmungen hierüber. Bevor auf diese eingegangen wird, sei darauf hingewiesen, daß die Rechtsbeziehungen zwischen dem Inhaber des Rechtsgutes und einer Person, die dem Inhaber gegenüber auf dieses Rechtsgut berechtigt ist, und deren Zusammenfassung das Gesetz „Schuldverhältnis“ nennt, sehr verschiedener Art sein können. Ist nach dem Inhalt des Schuldverhältnisses das Rechtsgut selbst Gegenstand der Leistung an den Berechtigten, und hat letzterer an den bisherigen Inhaber des Rechtsgutes eine Gegenleistung zu erbringen, so liegt ein gegenseitiges Schuldverhältnis vor, kraft

7) RGR.Komm. zu § 446, 4.
8) S. 18.

dessen jedem der Beteiligten eine bzw. mehrere sogenannte Hauptverpflichtungen entstehen. In Bezug auf das zu leistende Rechtsgut ist sein Inhaber bei Entstehen des Schuldverhältnisses als „Schuldner", der Berechtigte als „Gläubiger" im Sinne des BGB. anzusehen. Trägt jener die Gefahr, so kann er die Gegenleistung nicht beanspruchen, wenn er infolge des Zufalls nicht zu leisten imstande ist. Ist der Gläubiger Träger der Gefahr, so muß er seine Gegenleistung bewirken, ohne Ersatz für das ihm zustehende und nunmehr untergegangene Rechtsgut beanspruchen zu können. Es ist bereits ersichtlich geworden, daß der Begriff „Gefahr" durchaus nicht eindeutig ist. Diese Erkenntnis hat dazu geführt, daß man versucht hat, in den Fällen, wo nach Untergang des zu leistenden Rechtsguts die Frage sich erhebt, ob die Gegenleistung bewirkt werden muß oder nicht, mit Rücksicht auf letztere den Begriff „Gefahr" durch einen Zusatz eindeutig festzulegen. So nennt Wüstendoerffer[9]) diese Gefahr „Vergütungs- oder Preisgefahr", während Nolte[10]) von „Gegenleistungsgefahr" spricht, Ausdrücke, die auch mit wünschenswerter Klarheit betonen, daß es sich beim periculum obligationis darum handelt, in wessen von der Beteiligten Vermögen sich der Zufall nachteilig auswirkt. In Ansehung der an einem Schuldverhältnis Beteiligten liegt die Eigenart des Zufalls darin, daß er ein schadenstiftendes unberechenbares Ereignis darstellt, dessen Ursachen der (entscheidenden) Einwirkung der Beteiligten unzugänglich sind, deshalb jedoch durchaus nicht in dem Walten von Naturkräften zu liegen brauchen[11]).

II.

Das Prinzip des Gesetzes hinsichtlich der Gefahrtragung bei gegenseitigen Verträgen, insbesondere beim Kauf.

Es steht fest, daß der Satz: casum sentit dominus nur für das periculum rei uneingeschränkt gilt, also soweit er

9) Hanseatische Rechtszeitschrift Bd. IX Sp. 491 ff.

10) ZHR. Bd. 89 S. 52; ebenso Düringer-Hachenburg, Bd. 5, 1. Hälfte, S. 80.

11) Vgl. RG. Bd. 60 S. 381; RG. in: Recht 1917 Nr. 1969; DJZ. 1918 S. 62.

das Verhältnis des Rechtsgutes zu seinem Eigentümer betrifft, ohne Rücksicht auf obligatorische Rechte Dritter auf das Rechtsgut. Die Gefahrtragung ist im BGB. für das Gebiet der Verträge recht verschieden geregelt. Der allgemeine Grundsatz ist im § 323 Abs. 1 enthalten. Bedeutsame Abweichungen davon finden sich in § 446 Abs. 2 für den Grundstückskauf und in § 2380 für den Erbschaftskauf, während die Abweichung beim Versendungskauf in § 447 Abs. 1 nur eine scheinbare ist, wie noch darzulegen sein wird (s. unten V. am Ende). Die Bestimmung über die Gefahrtragung beim Erbschaftskauf weicht ganz besonders von dem allgemeinen Grundsatz ab; sie erklärt sich daraus, daß es sich bei der Erbschaft um einen Inbegriff von Sachen handelt, die oftmals zu verschiedenen Zeitpunkten vom Verkäufer an den Käufer geleistet werden und für die somit jedesmal ein anderer Zeitpunkt für den Gefahrübergang gelten würde. Deshalb soll mit Abschluß des Kaufvertrages der Käufer, der in dieser Beziehung als Erbe zu gelten hat, die Gefahr hinsichtlich der Vielheit von Gegenständen, die aber rechtlich eine Einheit bilden, tragen [12]). Für den wichtigsten der gegenseitigen Verträge, den Kauf, ist in § 446 Abs. 1 Satz 1 eine Regelung getroffen worden, deren Schicksal es seit dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches ist, von den einen als eine Wiederholung, von den anderen als eine Durchbrechung des im § 323 Abs. 1 enthaltenen Grundsatzes angesehen zu werden.

Die letztgenannte Gesetzesstelle lautet: „Wird die aus einem gegenseitigen Vertrage dem einen Teile obliegende Leistung infolge eines Umstandes unmöglich, den weder er noch der andere Teil zu vertreten hat, so verliert er den Anspruch auf die Gegenleistung ...."

Demnach verliert der Schuldner, der ohne sein Verschulden (durch „Zufall", s. o.) außerstande ist, die ihm obliegenden Verpflichtungen zu erfüllen, den Anspruch auf die Gegenleistung. Er trägt die Gegenleistungsgefahr, bis er „erfüllt" hat, wobei zu beachten ist, daß der hier absichtlich zunächst gebrauchte Ausdruck „Erfüllung", der uns auch im Gesetz an zahlreichen Stellen unbestimmt schillernd entgegentritt, noch einer später vorzunehmenden Untersuchung

12) Vgl. Staudinger, Komm. zu § 2380.

auf seinen Inhalt hin bedarf. Hat der Schuldner in solchem Falle die Gegenleistung bereits empfangen, so ist er nach § 323 Abs. 3 zu ihrer Herausgabe nach den Vorschriften über ungerechtfertigte Bereicherung verpflichtet. Diese in § 323 getroffene Regelung der Gefahrtragung erscheint dem Rechtsempfinden entsprechend, sie ist es in Wahrheit erst dann, wenn klar geworden ist, ob unter der „dem einen Teile obliegenden Leistung" nur die Leistungshandlung oder die Herstellung des Leistungserfolges zu verstehen ist"[13]). Diese Unterscheidung allein vermag die Streitfrage, der diese Ausführungen gewidmet sind, der Lösung näher zu bringen. Die Bestimmung des § 446 Abs. 1 Satz 1, die den Zeitpunkt des Gefahrübergangs beim Kauf festlegen soll, erfüllt diesen Zweck für den Vorbehaltskauf in keiner Weise, ist hier vielmehr geeignet, die Beantwortung der Frage zu erschweren.

Die Bestimmung lautet:

„Mit der Übergabe der verkauften Sache geht die Gefahr des zufälligen Untergangs ... auf den Käufer über."

Fehlte im Bürgerlichen Gesetzbuch eine derartige Bestimmung über die Gefahrtragung beim Kaufe, so wäre zwar nicht die Rechtslage so einfach wie Biermann[14]) meint, denn es würde immer noch für den Vorbehaltskauf die Frage zu beantworten sein, was denn unter dem in § 323 gebrauchten Ausdruck „Leistung" zu begreifen sei. Wohl aber wäre kein Anlaß zu dem bekannten Streit darüber gegeben worden, ob unter dem Begriff „Übergabe" im § 446 Abs. 1 eine rechtsverschaffende Übergabe oder lediglich die Besitzverschaffung zu verstehen sei. Eine klare Abgrenzung der dem Verkäufer obliegenden Hauptpflichten unter dem Gesichtspunkt der vorhin gemachten Unterscheidung würde dann im Rahmen des § 323 erfolgen können. Die wenig glückliche Fassung des § 447 Abs. 1 hat für den Vorbehaltskauf eine Fülle entgegengesetzter Entscheidungen und Abhandlungen hervorgerufen, die sich auf eine fast ebenso große Menge guter und schlechter Gründe stützen. Auf diese wird im folgenden einzugehen sein, denn

13) Über diese grundlegende Unterscheidung insbes. Oertmann, in ZHR. S. 356 ff.

14) Recht 1915 S. 158.

wenn auch mit ihnen allein ohne die erwähnte Unterscheidung von Leistungshandlung und -erfolg eine einwandfreie Lösung der Frage, in welchem Zeitpunkt die Gefahr beim Vorbehaltskauf auf den Käufer übergeht, nicht gefunden werden kann, so dienen sie doch im Verein mit einer deutlichen Abgrenzung von Handlung und Erfolg dazu, eine Entscheidung der Frage zu finden, die sowohl mit dem Gesetz als auch mit dem Billigkeitsgefühl in Einklang steht. Bei dem Kauf ohne Eigentumsvorbehalt des Verkäufers wird der Streit wegen des Ausdrucks „Übergabe" nicht praktisch, da bei ihm die Einigung über den Eigentumsübergang und die Besitzverschaffung zeitlich meist zusammenfallen, eine Zeitspanne zwischen diesen beiden Handlungen, in welcher der zufällige Untergang der vom Verkäufer zu leistenden Sache erfolgen könnte, also nicht vorhanden ist.

III.

Geschichtlicher Ueberblick über die Entwicklung der Gefahrtragung beim Kauf.

Das deutsche Recht machte den Gefahrübergang von dem Übergang der „Gewere" abhängig, knüpfte ihn also an die Besitzverschaffung. Diese Regelung entsprach dem „naiven"[15]) Rechtsgefühl der damaligen Zeit. Das römische Recht ließ die Gefahr bereits mit vollständigem Abschluß des Kaufvertrages auf den Käufer übergehen, einem Zeitpunkt, der Perfektion des Kaufes genannt wurde[16]). Die Regelung der Gefahrtragung beim Kauf in diesen beiden Rechtssystemen ist ein gutes Beispiel für den grundlegenden Unterschied römischer und deutscher Rechtsauffassung. Die deutsche Rechtsauffassung betrachtet den Kauf als eine Einheit. Das geht schon daraus hervor, daß sie für dieses einheitliche Doppelschuldverhältnis einen einheitlichen Namen prägt: Kauf. Das römische Recht kennt eine derartige gegenseitige Abhängigkeit der Verpflichtungen der Vertragsteile nicht. Seiner individualistischen Auffassung entspricht der Doppel-

15) So Dernburg, § 174, I.
16) Siehe darüber Crome, System, Bd. II, § 213 Anm. 5.

name für dieses Rechtsgebilde: emtio — venditio. Während das deutsche Recht, gemäß dem Grundsatz der notwendigen inneren Abhängigkeit der gegenseitigen Pflichten bei Eintritt des Zufalls das Schuldverhältnis zur Auflösung bringt, so daß gegenseitige Ansprüche nicht mehr bestehen, nachdem der natürliche Rechtssatz casum sentit dominus sich unabhängig von dem Schuldverhältnis ausgewirkt hat, geht nach römischem Recht, das den Kauf als ein Nebeneinander von Forderungen ansieht, bei denen jeweils der Inhaber der einen der Adressat der anderen gewissermaßen zufällig ist, durch den Zufall wohl die actio emti, also die Forderung des Käufers auf den Kaufgegenstand, nicht aber deshalb auch die actio venditi, die Forderung auf das pretium, unter. Die Eigenschaft des römischen Kaufes als Konsensualvertrag, bei dem sich von dem dinglichen Verhältnis die persönlichen schuldrechtlichen Beziehungen (actio emti — actio venditi) abheben, und die erwähnte individualistische Betrachtungsweise, die Schreuer[17]) treffend „atomisierend" nennt, geben eine durchaus einleuchtende Erklärung für die römischrechtliche Regelung der Gefahrtragung beim Kauf: durch den Abschluß des obligatorischen Vertrages wurde die klagbare Forderung des Verkäufers begründet, einerlei, ob die Lieferung der Kaufsache durch Zufall unmöglich wurde. So wenig eine solche Regelung dem deutschen Rechtsempfinden entspricht[18]), kann hiernach an dem Bestehen des Satzes „quum autem emtio et venditio contracta sit, periculum rei venditae ad emtorem pertinet, tam etsi ea res emtori tradita non sit[19])" nicht gut gezweifelt werden, wie es bereits geschehen ist, so von Haymann[20]) für das klassische römische Recht. Das römische Recht kannte nach herrschender Auffassung[21]) einen Eigentumsvorbehalt im heutigen juristischtechnischen Sinne nicht, wenngleich das Corpus iuris einige

17) S. 274.

18) Vgl. Froelich, S. 10 und S. 19.

19) § 3 J. de empt. 3, 23....

20) In Zeitschr. f. d. Savigny-Stiftung, Romanistische Abt. Bd. 41 S. 44; dagegen: Seckel-Levy, ebendort, Bd. 47, 117; ferner Mugdan zu § 368 S. 113.

21) Über die Frage, ob das pactum reservati dominii dem römischen Recht bekannt war, mit Zitaten aus dem Corpus iuris vgl. Frey, S. 10 f.

Stellen birgt, die dies nicht unzweifelhaft erscheinen lassen. Aber diese Stellen weisen m. E. gerade immer auf den Abschluß eines besonderen Vertrages, des precarium oder der locatio conductio hin.

Hinsichtlich der neueren Rechtssysteme ist es nun, wie Dernburg[22]) meint, „bezeichnend für die Schwierigkeit einer gerechten Lösung, daß die ganz folgerichtige Durchführung eines aufgestellten Grundsatzes kaum bei einem der aufgestellten Systeme Platz greift". In Frankreich geht gemäß Art. 1583 Code civil das Eigentum mit Kaufabschluß, die Gefahr mit dem Eigentum auf den Käufer über: casum sentit dominus. Das Schweizerische Kaufrecht ist ebenfalls römisch: Nach Art. 185 Obligationenrecht trägt der Erwerber die Gefahr, während im allgemeinen bei gegenseitigen Verträgen der Schuldner die Gefahr trägt nach Art. 119 Abs. 2 Obligationenrecht. Für das gemeine Recht brachte die Regelung der Gefahrtragung beim Vorbehaltskauf ebenso wie für das römische Recht keine Schwierigkeit, denn hier war der Übergang der Gefahr an den vollständigen Vertragsabschluß geknüpft und die Hinzufügung einer Bedingung lediglich zu dem dinglichen Übereignungsgeschäft berührte den unbedingt abgeschlossenen schuldrechtlichen Kaufvertrag in keiner Weise[23]). Das Preußische ALR. I 11 §§ 95 und 100 hat streng an dem deutschrechtlichen Grundsatz festgehalten, wonach die Gefahr mit der Übergabe der Kaufsache an den Käufer überging. Da die Übergabe zugleich das Eigentum übertrug, war auch hier das Ergebnis: casum sentit dominus. Auf diese Regelung wird noch einzugehen sein. Österreich (§§ 1048 ff., 1064 ABGB.) und England huldigen dem deutschrechtlichen Prinzip, desgleichen die nordischen Länder, während die romanischen Länder und der Großteil der amerikanischen Bundesstaaten dem römischen Prinzip folgen. Es ist bezeichnend für die bereits erwähnte nicht eindeutige Fassung des § 446 Abs. 1, daß sich in Österreich, wo sich in dem die Gefahrtragung regelnden § 1048 ABGB. ebenfalls das Wort „Übergabe" findet, der gleiche Streit über dessen Bedeutung mit denselben Beweisgründen wie in Deutschland

22) § 174, I.
23) Kluckhohn in Iherings Jahrb. Bd. 64 S. 114 ff.

erhoben hat, ein Streit, der in ständiger Rechtsprechung dort allerdings so entschieden ist, daß unter „Übergabe" auch die Rechtsverschaffung verstanden wird [24]). Das Bürgerliche Gesetzbuch ist in § 446 Abs. 1, wie man sieht, dem deutschrechtlichen Grundsatz gefolgt. Es schließt sich eng dem preußischen ALR. I 11 § 95 an, wobei zu bemerken ist, daß das preußische Recht anders als das BGB. Grundstücke bezüglich des Gefahrübergangs den beweglichen Sachen gleichstellte. Eine Ausnahme von dem deutschrechtlichen Prinzip macht die Bestimmung des § 2380 Satz 1 BGB.; die Gründe hierfür wurden bereits genannt.

IV.

Der Meinungsstreit über die Gefahrtragung beim Vorbehaltskauf.

Alle diejenigen, die einen Unterschied zwischen der Leistungshandlung des Schuldners und dem Leistungserfolg nicht machen, sondern lediglich eine „Erfüllung" kennen, machen bezüglich des Gefahrübergangs beim Vorbehaltskauf zum Angelpunkt ihrer Untersuchung die Frage, ob „Übergabe" in § 446 die Rechtsverschaffung mitumfasse. Wenn diese Frage heute mehr und mehr sowohl in der Wissenschaft wie in der Rechtsprechung verneint und demnach der Käufer zum Gefahrträger gemacht wird, so haben zwar diejenigen, die die Übergabe lediglich im possessorischen Sinne verstehen, im Ergebnis recht mit ihrer Anschauung, aber auf die Auslegung des Ausdrucks „Übergabe" kommt es nicht entscheidend an, und die heute herrschende Meinung, soweit sie den erwähnten Unterschied nicht kennt, geht fehl in der Annahme, daß die Beweiskraft der für eine lediglich possessorisch zu begreifende Übergabe angeführten Gründe über die Gegenmeinung den Sieg davongetragen habe. Es ist hier Oertmann [25]) durchaus beizustimmen, der meint, „wenn es wirklich richtig wäre, daß der Verkäufer wegen des Vorbehalts noch nicht vollständig geleistet hätte, sich dem nur schwer ausweichen ließe". Die

24) Stulz, S. 49.
25) In L.Z. 1927 S. 9.

Gründe nun, die seit Entstehen der Streitfrage, wer der Gefahrträger beim Vorbehaltskauf sei, angeführt werden, sind verschiedener Natur. Sie lassen sich etwa in solche einmal entwicklungsgeschichtlicher, sodann systematischer und endlich rechtspolitischer Art einteilen, ohne daß eine scharfe Abgrenzung der beiden ersten Arten von einander möglich ist. Die bloße Wortinterpretation spricht ohne Zweifel für eine lediglich possessorische Auslegung der Übergabe. Auch der Sprachgebrauch des Gesetzes unterstützt diese Auffassung (vgl. §§ 433, 930, 931, 1205, 2241 Ziff. 3 BGB.). überall ist hier unter „Übergabe" Besitzverschaffung zu verstehen.

Da eine besondere die Gefahrtragung beim Vorbehaltskauf regelnde Bestimmung im Bürgerlichen Gesetzbuch fehlt, mithin die für den Kauf ohne Eigentumsvorbehalt geltende Vorschrift des § 446 Abs. 1 Satz 1 Platz greift, so ist es unumgänglich, dessen Stellung zu den anderen in Frage kommenden Gesetzesbestimmungen zu klären. Von diesen ist die wichtigste § 323 Abs. 1. Beginnt man bei der Untersuchung mit der Entstehungsgeschichte des Bürgerlichen Gesetzbuches, so findet sich in den Motiven[26]) zu § 368 des Entwurfs (dem heutigen § 323 BGB.) die Bemerkung, daß der Grundsatz, wonach bei allen gegenseitigen Verträgen der Schuldner bis zur Erfüllung die Gefahr trage, in § 463 (dem heutigen § 446 Abs. 1) für das Kaufrecht seiner Wichtigkeit halber noch einmal besonders ausgesprochen worden sei, insbesondere mit Rücksicht auf die abweichende Regelung im römischen und im gemeinen Recht. Hiergegen hat Froelich[27]) eingewandt, die abweichende Regelung ergebe sich bereits aus den §§ 275 und 323 und könne deshalb, wenn nicht für den Kauf besonderes gelten sollte, des § 446 entraten. Das ist zwar richtig, und es ist zuzugeben, daß der § 446 Abs. 1 Satz 1 in seiner ungeschickten Fassung besser nicht in das Gesetz aufgenommen worden wäre, aber man kann jenem Einwand mit der Erklärung begegnen, daß der § 446 für den Kauf die allgemeine Vorschrift des § 323 dahin verdeutlichen soll, daß der Verkäufer beweglicher Sachen mit der Übergabe seinen kaufrechtlichen Verpflichtungen nachgekommen ist, da in der Regel zugleich mit ihr

26) Bd. II S. 313.
27) S. 15.

die Übereignung stattfindet, deshalb auch die Gefahr mit der Übergabe auf den Käufer übergehe [28]). Durch diese Gleichsetzung hat der Gesetzgeber m. E. eine pars pro toto gebraucht, indem er aus den beiden Erfordernissen des Übereignungsvertrages gemäß § 929 die Übergabe allein dem doch aus zwei Elementen sich zusammensetzenden Erfüllungserfolg gleichsetzte. Eckhardt [29]) bestreitet zwar, daß wirklich der Gesetzgeber eine pars pro toto hier gebraucht habe, dennoch kann man sich bei einer streng logischen Würdigung des § 446 m. E. dieser Annahme nicht verschließen. Allerdings ist zu betonen, daß es sich bei der Übergabe immer um eine solche in Erfüllung des Kaufvertrages handeln muß [30]). Das ergibt sich eindeutig aus dem Wortlaut des § 446: „Mit der Übergabe der verkauften Sache ...", und sollte nicht wohl bestritten werden. Die Ansicht von Eccius und anderen [31]), der Besitz des Vorbehaltskäufers sei lediglich Ausfluß eines besonderen Gebrauchsüberlassungsvertrages im Sinne von § 868 und dem des Nießbrauchers, Pfandgläubigers, Pächters, Mieters und Verwahrers ähnlich, kann nicht genug bekämpft werden. Als verfehlt muß man auch die Entscheidungen RG. 64, 337 und 95, 106 betrachten, denen zufolge der Vorbehaltskäufer selbst dann nur Verwahrer und Verwalter sein soll, wenn ihm die Sache auf Grund des Kaufvertrages übergeben wird. Der Besitz des vermittelnden Besitzers, z. B. des Verwahrers, ist nach dem Inhalt des ihm zugrunde liegenden Vertrages lediglich auf kürzere oder längere Zeit berechnet, während doch der Käufer vertragsgemäß einen dauernden Besitz der Kaufsache erlangen soll [32]). Mit Recht meint Jaffé [33]), wenn man ein besonderes Gebrauchsüberlassungsverhältnis in die Vereinbarung der Vertragsteile hineininterpretiere, so müßten diese

28) So auch Titze, § 13 I.

29) C.

30) RG. 85, 321; RGR.Komm. zu § 446, 4; Behlau, S. 17 f.; Stölzle in: L.Z. 1915 S. 500.

31) In Gruch. Beitr. Bd. 41 S. 883; OLG. 24, 321; RG. 54, 397; Oertmann, BGB. zu § 455 Bem. 4 b.

32) So insbes. auch Biermann in Recht 1915 S. 158 ff. gegen Eccius insbes. Martinius in Kohlers Arch. Bd. 17 S. 50 IV.

33) S. 13.

später nach dessen Aufhören eine brevi manu traditio vornehmen, woran sie aber nicht dächten. Dieser Ansicht ist auch Behlau[34]). Das Bürgerliche Gesetzbuch schließt sich, wie bereits dargelegt, dem im Preußischen ALR. verankerten deutschrechtlichen Prinzip an, das auch im hessischen, im bayerischen und im Dresdener Entwurf Ausdruck gefunden hatte. Es ist deshalb, wie Starck[35]) bemerkt, wertvoll für die Auslegung des § 446, die Gründe heranzuziehen, welche Suarez bei der Schlußrevision des ALR. anführt, um die Bestimmung des § 95 I, 11 ALR. zu rechtfertigen, zumal die zweite Kommission für das BGB. dieselben ebenfalls benutzt hat. Die wichtigsten dieser Gründe sind, daß mit der Übergabe der Sache sich auch der Eigentumsübergang vollziehe, weiter, daß der Verkäufer nur dann auf den Kaufpreis klagen könne, wenn er von seiner Seite den Vertrag erfüllt habe; diese beiden Gründe sprechen doch wohl für die Ansicht, daß unter „Übergabe" im § 446 die Rechtsverschaffung mitbegriffen werden müsse. Denn nur wenn Übergabe und Eigentumsverschaffung zusammentreffen, hat der Verkäufer gemäß § 433 erfüllt. Gleichwohl ließen das Preußische Obertribunal und das Reichsgericht[36]) die bloß besitzverschaffende Übergabe zum Gefahrübergang genügen, wobei insbesondere das Erkenntnis des ersten bedeutsam ist, insofern es ausführt, daß „wenn auch der Übergang der Gefahr mit der Übergabe auf dem Gedanken der Eigentumsübertragung durch letztere beruhen mag, so doch die Verpflichtung zur Übergabe ihre selbständige obligatorische Bedeutung hat, als deren Korrelat der Übergang der Gefahr auch ohne Rücksicht auf den Eigentumsübergang aufgefaßt werden kann". Es wird also angedeutet, daß ein Zusammenhang zwischen dem Gefahrübergang und dem Eigentumsübergang bestehen könne, wobei die Übergabe das beiden gemeinsame Kriterium darstellt. Aber dieser Zusammenhang ist kein innerer, er beruht auf dem (allerdings häufigen) nicht notwendigen Zusammentreffen von Eigentumsübergang und Übergabe der Kaufsache (s. unten). Starck hat deshalb nur im Ergebnis recht, wenn er am

34) S. 48.
35) In Recht 1916 S. 558.
36) Gruch. Beitr. Bd. 93 S. 917; RG. 7, 242.

Schlusse seiner historischen Ausführungen behauptet, die Entstehungsgeschichte führe zu dem Schluß, daß die bloße Übergabe zum Gefahrübergang ausreiche, denn es ist fraglich, ob man den Vorgängen bei der Entstehung des Gesetzes eine solche Bedeutung zumessen darf, wie Starck es tut. In anderem Zusammenhange weisen Heyer (a. a. O.) und auch das Reichsgericht[37]) auf das Bedenkliche einer solchen Gesetzesauslegung hin. Von vielen wird auch zur Auslegung des § 446 Abs. 1 die Vorschrift des § 440 herangezogen, sei es, um daraus einen Beweisgrund für, sei es, um einen solchen gegen den Gefahrübergang herzuleiten. § 440 Abs. 2 spricht unzweideutig von einer Übergabe „zum Zwecke der Eigentumsübertragung" und billigt dem Käufer wegen des Besitzrechts eines Dritten Schadensersatz gegen den Verkäufer u. a. dann zu, „wenn die Sache untergegangen ist". Nimmt man die Vorschrift des § 440 Abs. 1 hinzu, nach der sich an die Nichterfüllung der Verkäuferpflichten die in den §§ 320 bis 327 ausgesprochenen Folgen knüpfen, so gehört dazu auch der in § 323 niedergelegte Grundsatz, daß die Gefahr erst mit der Erfüllung aller aus dem Schuldverhältnis entspringenden Verpflichtungen auf den Gläubiger (Käufer) übergeht[38]). Es ist nicht einzusehen, warum diese Vorschrift nicht in § 440 Abs. 1 hätte aufgenommen werden können, ohne diese Bestimmung unübersichtlich zu machen, wie Eckhardt[39]) behauptet. Es ist zwar Behlau (a. a. O.), der auf Cosack verweist, zuzugeben, daß § 440 und 446 nicht in unmittelbarer Beziehung zu einander stehen, sofern jener die Haftung des Verkäufers für Rechtsmängel, dieser die Gefahrtragung regelt, doch kann man auch im § 440 das Bestreben wahrnehmen, den Schuldner (Verkäufer) erst dann von allen ihn treffenden Nachteilen, sei es nun der Gefahrtragung, sei es der Rechtsmängelhaftung, frei zu stellen, wenn er selbst ganz geleistet hat. Dieses Prinzip muß m. E. als grundlegend angesehen werden. Von den Vertretern einer lediglich possessorischen Auffassung der „Übergabe" in § 446 wird

37) RG. 16, 194.

38) So auch Frey, a. a. O. Titze, S. 256; Oertmann, BGB. II zu § 446, 1 a und in Ehrenbergs Handb. 1918 S. 428.

39) C.

immer wieder betont, daß Eigentumsübergang und Gefahrtragung miteinander nichts zu tun hätten, der Satz casum sentit dominus im Bürgerlichen Gesetzbuch entweder gar keine oder nur eine sehr beschränkte Geltung habe[40]). Das ist sicher richtig und man täte gewiß besser daran, den obigen Satz überhaupt nur in Bezug auf das periculum rei anzuwenden, wo er naturgemäß unbedingte Geltung hat[41]), als durch ihn eine Verwirrung in die Lehre von der Gegenleistungsgefahr hineinzubringen. Diese Verquickung von Eigentums- und Gefahrübergang erklärt sich so, daß beim Kauf heute wie schon im ALR. in der Regel mit der körperlichen Übergabe auch das Eigentum an der Kaufsache auf den Käufer übergeht, da in den meisten Fällen der Verkäufer seinen beiden im § 433 Abs. 1 niedergelegten Hauptverpflichtungen genügt und somit in der Tat der Käufer mit dem Eigentum auch die Gefahrenlast erwirbt. Wenn nun aber, wie beim Vorbehaltskauf, Besitzerwerb und Eigentumserwerb des Käufers zeitlich auseinanderfallen, so erhebt sich gleich der bekannte Streit um die Auslegung der „Übergabe" in § 446. Denjenigen, die diesen Streit im lediglich possessorischen Sinne entscheiden, ist zuzugeben, daß Gefahrübergang und Eigentumsübergang beim Kauf keine inneren Beziehungen haben. Andererseits ist daran festzuhalten, daß die bloße Besitzeinräumung an den Käufer zum Gefahrübergang nicht genügt. Wenn trotzdem beim Vorbehaltskauf die Gefahr in demselben Augenblick wie der unmittelbare Besitz übergeht, so beruht das nicht mehr darauf, daß die Übergabe in possessorischem Sinne zu verstehen ist, sondern auf der Tatsache, daß der Verkäufer alles ihm aus dem Vorbehaltskauf Obliegende getan hat[42]). Dies bedarf späterhin des Beweises.

Gemäß § 433 Abs. 1 wird durch den Kaufvertrag „der Verkäufer einer Sache verpflichtet, dem Käufer die Sache zu übergeben und das Eigentum an der Sache zu verschaffen". Diese beiden Hauptpflichten des Verkäufers stehen durchaus selbständig nebeneinander. Zieht man weiter den § 929 heran, der vorschreibt, daß „zur Übertragung des

---

40) So auch RG. 93, 331.
41) Siehe dazu das oben I am Anfang Gesagte.
42) Ebenso Oertmann in ZHR. S. 393, Rühl, § 46, II.

Eigentums an einer beweglichen Sache erforderlich ist, daß der Eigentümer die Sache dem Erwerber übergibt und beide darüber einig sind, daß das Eigentum übergehen soll", so bemerkt man, daß der § 433 Abs. 1 einen Pleonasmus enthält, insofern er die Übergabe, die doch nach § 929 bereits ein Element der Übereignung darstellt, nochmals als eine Verkäuferpflicht aufstellt. Es geht nun nicht an, die „Übergabe" in § 433 als die lediglich körperliche Hingabe aufzufassen und unter die „Übergabe" in § 929 auch die sogenannte Ersatzübergabe zu begreifen. Für eine solche Unterscheidung bietet das Gesetz keinen Anhaltspunkt. Sie würde dahin führen, daß § 433 und weiterhin § 446 nur für solche Käufe gelten würden, bei denen der Verkäufer die ihm auferlegte Übergabepflicht tatsächlich erfüllt, während Fälle, in denen der Verkäufer durch brevi manu tradilio, Besitzkonstitut oder Vindikationszession erfüllt, nicht mehr unter die Kaufregeln der §§ 433 ff., sondern unter die allgemeinen Vorschriften über gegenseitige Verträge fallen würden. Was die Gefahrtragung in diesem Zusammenhange angeht, so würde die Vorschrift des § 323 allerdings nach Ansicht des Verfassers genügt haben, sie auch für den Kauf zu regeln (wie unten noch darzulegen sein wird), aber man wird bei weiterer Verfolgung der oben dargelegten Auffassung unabweisbar dahin gelangen, in den Fällen, in welchen der Verkäufer nicht durch tatsächliche Übergabe erfüllt, die gesamten Kaufregeln, nicht nur die §§ 433 und 446, durch die allgemeinen Regeln über gegenseitige Verträge zu ersetzen, und es erscheint zumindest zweifelhaft, ob bei einem derartigen Rechtsgeschäft es sich überhaupt um einen Kauf handelt.

Dies alles und die Bedürfnisse des Rechtsverkehrs dürften dazu führen, den § 446 hinsichtlich der „Übergabe" ausdehnend dahin auszulegen, daß die tatsächliche Übergabe durch die sogenannten Übergabesurrogate der §§ 929 ff. ersetzt werden kann. Froelich[43]) will den erwähnten Pleonasmus damit erklären, daß der § 433 sich auch auf Grundstücke beziehe. Das ist m. E. nicht einzusehen; „man hätte sich", wie Martinius[44]) meint, „darauf beschränken

43) S. 37.
44) S. 55.

können, in § 433 generell, mit Wirkung für bewegliche wie für unbewegliche Sachen vorzuschreiben: durch den Kaufvertrag wird der Verkäufer verpflichtet, dem Käufer das Eigentum an der Sache zu verschaffen".

Nach dem Inhalt des § 455 tritt nun zu der einen Verkäuferpflicht des § 433, nämlich zu der Übereignung, die Bedingung. Es braucht heute im Gegensatz zu den ersten Zeiten der Geltung des Bürgerlichen Gesetzbuches, da man sich mit dem Vorbehaltskauf beschäftigte, nicht mehr betont zu werden, daß der Fall, wo der Kaufvertrag selbst unter einer Bedingung abgeschlossen ist, ein von dem Vorbehaltskauf ganz verschiedenes Rechtsgebilde ist[45]). Immerhin spricht noch Sinzheimer[46]) zu verschiedenen Malen von Bedingtheit des Kaufvertrages, wenngleich seine Ausführungen den Vorbehaltskauf behandeln. Auch Pudor[47]) irrt, wenn er meint, die Motive überließen in Bd. II S. 324 die Entscheidung über die Frage des Gefahrübergangs beim Vorbehaltskauf bewußt der Wissenschaft und Praxis: Die Motive sagen hierüber nichts und behandeln an der erwähnten Stelle nur den Fall des selbst einer Bedingung unterliegenden Kaufvertrages. Wenn trotz dem Wortlaut des § 455 BGB. noch irgendwelche Zweifel bestünden, ob nicht auch der schuldrechtliche Vertrag selbst beim Vorbehaltskauf bedingt sei, so schlägt Schürmann[48]) dieselben treffend nieder mit der Erwägung, daß dann der Kaufvertrag mit Zahlung des Kaufpreises geschlossen sein würde, demnach der Verkäufer erst dann auf Zahlung des Kaufpreises klagen könne, wenn diese von selbst erfolgt! — Diese zu Beginn der Geltung des BGB. oft vertretene falsche Meinung erklärt sich wohl aus der bis dahin im gemeinen Recht herrschenden Auffassung: pretio non soluto res inemta sit[49]). Gemäß § 455 ist beim Vorbehaltskauf mangels Parteiabrede die Übertragung des Eigentums aufschiebend bedingt, d. h. mit Eintritt der Bedingung, die in der vollständigen Zahlung

---

45) OLG. 24, 321 ff.; OLG. Darmstadt in Seuff. Arch. 63 Nr. 62.
46) In L.Z. 1915 S. 682.
47) In JW. 05 S. 566.
48) S. 25.
49) Vgl. Rühl, § 45 I.

des Kaufpreises besteht, wird der Käufer unbedingter Eigentümer (vgl. § 158 Abs. 1).

Zunächst hat der Vorbehaltskäufer außer dem Besitz die durch den Vertrag begründete Aussicht auf das Eigentum an der Kaufsache. Wenn das Eigentum zunächst auch rechtlich dem Verkäufer verbleibt, so hat doch der Käufer bereits eine Stellung in Bezug auf die Kaufsache erhalten, die der des Verkäufers wohl überlegen ist. Man bedenke: der Käufer hat den unmittelbaren Besitz nicht auf bestimmte Zeit, sondern wie bereits dargelegt auf die Dauer. Er zieht die Nutzungen der Kaufsache und muß als Ausgleich dafür allerdings auch die Lasten derselben tragen (§ 446 Abs. 1). Einer etwaigen Klage des Verkäufers aus dem ihm verbliebenen Eigentumsrecht kann der Vorbehaltskäufer mit dem Einwand aus § 986 Abs. 1 Satz 1 begegnen, wobei m. E. das Recht des letzteren zum Besitz sich unmittelbar aus dem Kaufvertrage (Verpflichtung zur Übergabe an den Käufer) herleitet und nicht aus einem besonderen Gebrauchsüberlassungsvertrage. Dem Vorbehaltskäufer ist zwar rechtliche Verfügungsmacht bis zum Bedingungseintritt noch nicht erteilt, doch auch diese letzte Beschränkung durch den Vertrag ist wirkungslos, sobald der Käufer die Sache während des Schwebezustandes an einen gutgläubigen Dritten veräußert[50]). Mit Recht weist insbesondere Walsmann[51]) auf diese weitgehenden Befugnisse des Käufers hin und zieht, unter Anerkennung der formalen Konstruktion des Eigentumsvorbehalts, wie sie in § 455 ihren gesetzlichen Niederschlag gefunden hat, daraus den Schluß, es handele sich hier in Wirklichkeit um ein starkes Pfandrecht des Verkäufers an der wirtschaftlich dem Käufer bereits gehörigen Sache, das nur infolge des das Gesetz beherrschenden Grundsatzes, daß ein Pfandrecht Besitz erheische, in die Form des Eigentumsvorbehalts gekleidet sei[52]). Man braucht in der Beurteilung des Eigentumsvorbehalts nicht so weit zu gehen wie Walsmann, um dennoch anzuerkennen, daß die Stellung des Vorbehalts-

50) So auch Sinzheimer, S. 682 ff., und Ziegler, JW. 1910 S. 798 a. E.

51) S. 222.

52) Vgl. auch Seuff. Arch. 25 S. 368.

käufers als aufschiebend bedingten Eigentümers sehr stark ist. Den Inbegriff dieser „rechtlichen und wirtschaftlichen Beziehungen des Käufers zu der ihm übergebenen Sache“ [53]), insbesondere sein vertragsmäßiges Recht auf das uneingeschränkte Eigentum an der Kaufsache mit Eintritt der von dem Käufer selbst herbeizuführenden Bedingung, bezeichnet man mit dem der Lehre und Praxis heute geläufigen Ausdruck Anwartschaft oder Wartrecht [54]). Dieses Recht, das insbesondere dem deutschen Familien- und Erbrecht bekannt ist, wird von Semecka [55]) als „eine rechtlich gesicherte Möglichkeit einer zukünftigen Vollrechtsentstehung“ bezeichnet. Diese Anwartschaft ist nach herrschender Meinung ein subjektives Recht [56]) und hat einen gegenwärtigen Vermögenswert [57]), ebenso ist sie, wie allgemein anerkannt wird, übertragbar und pfändbar, desgleichen vererbbar [58]). Es kann für diese Abhandlung dahingestellt bleiben, ob man dieses Anwartschaftsrecht als etwas von dem zukünftigen Eigentum ganz verschiedenes ansehen will, wie einige es tun, oder ob man annehmen will, daß zwischen diesen beiden Rechten ein Zusammenhang derart besteht, daß sich das Minderrecht der Anwartschaft zu dem Vollrecht des unbedingten Eigentums „auswachse“ [59]). Diese Anwartschaft ist m. E. das aufschiebend bedingte Eigentum des Vorbehaltskäufers selbst, dem das auflösend bedingte Eigentum des Verkäufers entspricht.

Der allgemeine Grundsatz des deutschen Rechts hinsichtlich der Gefahrtragung, der Schuldner müsse so lange die Gefahr tragen, bis er voll geleistet habe, der in § 323 seinen gesetzlichen Niederschlag gefunden hat, gilt inhaltlich auch für das Kaufrecht. Wenn demnach der Vorbehalts-

---

53) RG. 74, 129.

54) Z. B. Stein-Jonas, ZPO. zu § 857 II, 9; ferner JW. 1925, 353; Etzold, S. 3; RGR.Komm. zu § 455.

55) In Kohlers Arch. 35 S. 121 f.

56) Etzold, S. 2 ff.

57) JW. 1925 S. 356 zu 6: Staudinger zu § 929 Anm. 28.

58) Eckhardt, S. 61.

59) Siehe darüber Brecht, S. 272, und über das Verhältnis der subjektiven „Anwartschaft“ zur objektiven Rechtsnorm insbesondere Henle, S. 36: auch Staudinger a. a. O.

verkäufer mit Übergabe der Kaufsache und der bedingten Übereignung, die dem Käufer die oben genannte Anwartschaft einträgt, seine Leistung voll erbracht hat, so wird er von der Gefahrtragung frei. Zur Entscheidung der Frage nun, ob der Verkäufer geleistet hat, bedarf es — wie bereits mehrfach erwähnt — einer Klarlegung des Begriffes „Leistung".

V.

Der Inhalt der Leistungspflicht des Vorbehaltsverkäufers.

Die Argumentation derjenigen, die die Übergabe in § 446 nicht in bloß possessorischem Sinne auffassen, ist folgende: Gemäß § 433 hat der Verkäufer die Pflichten der Besitzeinräumung und Eigentumsverschaffung gegenüber dem Käufer. Beim Vorbehaltskauf genügt der Verkäufer zunächst nur der ersteren Verpflichtung, der zweiten erst mit Eintritt der Bedingung. Bis zu diesem Zeitpunkt hat er noch nicht geleistet, infolgedessen trägt er bis dahin die Gefahr. — Diese Beweisführung wäre unangreifbar, wenn nicht „leisten" und „erfüllen" so unbestimmte und mehrdeutige Begriffe wären, die zwar — leider — das Gesetz selbst oft genug gebraucht, die jedoch bei ihrem Vorkommen jedesmal einer Untersuchung auf ihren Inhalt hin bedürfen. Es soll nicht verkannt werden, daß ein Teil der Gegner der vorerwähnten Meinung bereits in der Jugendzeit der Streitfrage der Ansicht war, der Vorbehaltsverkäufer habe mit Übergabe und bedingter Übereignung seinen Pflichten aus dem Kaufvertrage genügt, aber diese Auffassung ist, wenn auch im Ergebnis richtig, so doch in der Begründung zu wenig überzeugend, da sie den notwendigerweise zu machenden Unterschied zwischen Leistungshandlung und Leistungserfolg nicht kennt, sondern lediglich zu ahnen scheint[60]). In Wahrheit kann aber nur eine scharfe Trennung beider Begriffe und die vorerwähnte jedesmalige Untersuchung des Begriffes „Leistung" zu einem eindeutigen und befriedigenden Ergebnis führen. Gerade für die Frage der Gefahrtragung beim Vorbehaltskauf ist diese Unterscheidung uner-

60) So z. B. Kluckhohn, 64 S. 114 ff.

läßlich. Hierauf hat erstmalig Oertmann hingewiesen, dem überhaupt die Klärung des Leistungsbegriffes größtenteils zu danken ist. Oertmann, der zuvor an dem geschilderten üblichen Meinungsstreit über den Begriff der „Übergabe" in § 446 teilgenommen hatte[61]), erkannte, daß dieser Streit nicht für die zu beantwortende Frage entscheidend sei, daß auch rechtspolitische Erwägungen allein nicht eine ausreichende Begründung zu geben vermöchten. Daß es sich bei der Unterscheidung von Leistungshandlung und Leistungserfolg nicht um eine gezwungene, dem Gesetz unbekannte und ihm deshalb Gewalt antuende oder auch nur um eine überspitzte Konstruktion handelt, ergibt sich aus dem Bürgerlichen Gesetzbuch selbst, das den Begriff der „Leistung" zwar nicht ausdrücklich, so doch inhaltlich in verschiedenen Bestimmungen (z. B. §§ 269, 447, 278) in seine zwei Bedeutungen scheidet[62]). Besonders einleuchtend geschieht das in § 243 Abs. 2. Danach beschränkt sich das Schuldverhältnis auf eine dort in Abs. 1 näher definierte Sache, wenn „der Schuldner das zur Leistung einer solchen Sache seinerseits Erforderliche getan" hat. Also obgleich der Schuldner das „seinerseits Erforderliche", die Leistungshandlung vollbracht hat, besteht das Schuldverhältnis (nunmehr in seinem Gegenstand beschränkt) fort, der Leistungserfolg ist noch nicht eingetreten. Auch aus § 267 Abs. 1 erhellt m. E., daß die Unterscheidung von Handlung und Erfolg innerhalb des Schuldverhältnisses wohl begründet ist. Denn nach dieser Bestimmung können mangels gegenteiliger Vereinbarung die Leistungshandlungen nicht nur vom Schuldner, sondern auch von einem Dritten vorgenommen werden, wobei stillschweigende Voraussetzung ist, daß der herbeizuführende Leistungserfolg derselbe bleibt. Es muß betont werden, daß das Schuldverhältnis erst mit Eintritt des Leistungserfolges erlischt (§ 362 Abs. 1). Erst in diesem Zeitpunkt hat der Schuldner „erfüllt". Das schließt, wie aus § 243 Abs. 2 ersichtlich ist, nicht aus, daß seine positiven oder auch negativen Obliegen-

---

61) Oertmann in Ehrenbergs Handb. 1918, 4. Bd., 2. Abt. § 61 2a.

62) A. A.: Merkel in JW. 1931 S. 2088 f. und Danielcik in JW. 32 S. 152.

heiten vorher beendet sind. Oftmals werden Leistungshandlung und Leistungserfolg zusammenfallen, dann nämlich, wenn durch jene letzterer ohne weiteres herbeigeführt wird. Ohne weiteres, d. h. ohne daß noch ein oder mehrere irgendwie geartete Umstände hinzuzukommen brauchen. Solche Umstände können nach dem Inhalt des Schuldverhältnisses Handlungen Dritter, insbesondere auch des Gläubigers sein. Ein derartiger Fall liegt beim Vorbehaltskauf vor. Nach Oertmann[63]) handelt es sich bei solchen Handlungen des Gläubigers, die zu den abgeschlossenen Leistungshandlungen hinzutreten müssen (wie bei den meisten Forderungen auf Rechtsverschaffung), damit der Leistungserfolg eintritt, um sogenannte „Annahmehandlungen" im Gegensatz zu den „Mitwirkungshandlungen" des Gläubigers, die die Leistungshandlungen des Schuldners ganz oder zum Teil erst ermöglichen. Wenn sich nun die Frage erhebt, worauf sich die Forderung des Gläubigers aus dem Schuldverhältnis im allgemeinen erstreckt, lediglich auf Anstrengungen des Schuldners im Sinne einer auf Herbeiführung des Erfolges gerichteten Tätigkeit oder auf den Eintritt des Erfolges selbst, so wird diese Frage sowohl in jenem wie in diesem Sinne beantwortet, außerdem aber auch in vermittelnder Weise entschieden. M. E. ergibt sich die Beantwortung der Frage aus dem Wortlaut des § 243 Abs. 2, der insofern eine allgemeine Bedeutung besitzt: tilgend, erfüllend wirkt erst der Eintritt des Leistungserfolges, doch braucht der Schuldner nur die ihm nach dem Inhalt des jeweiligen Schuldverhältnisses obliegenden Leistungen zu erbringen[64]). Er setzt also nur einen Teil der Ursachen des Erfolgseintritts, auf den übrigen Teil erstrecken sich seine Verpflichtungen aus dem Schuldverhältnis nicht. Der Inhalt des Schuldverhältnisses bestimmt sich nun nach seiner Eigenart, nach Parteivereinbarung oder nach Gesetzesvorschrift. Beim Vorbehaltskauf ergibt er sich aus den §§ 433 und 455. Das heißt, der Verkäufer ist, wie bei jedem Kaufvertrag, zur Übergabe und Übereignung verpflichtet (§ 433), mit der dem Vorbehaltskauf eigenen Besonderheit, daß die Übereignung unter einer Bedingung (der völligen Zahlung des

63) In ZHR. Bd. 93 S. 358.
64) So auch Kisch, S. 6.

Kaufpreises) erfolgt. Die Einigung der Parteien über den Eigentumsübergang erfolgt bereits mit Vertragsschluß, wenn auch jener gemäß § 455 im Zweifel von der restlosen Kaufgeldbegleichung abhängig sein soll. Zwar richtet sich das Schuldverhältnis nach erfolgter Übergabe nach wie vor auf den Volleigentumserwerb des Vorbehaltskäufers, aber was noch erforderlich ist, damit es zu diesem Erfolge komme, liegt außerhalb der Einwirkungsmöglichkeit des Vorbehaltsverkäufers und kann deshalb nicht mehr Inhalt seiner Leistungshandlung sein. Die Ansicht, daß diese sich auf die Übergabe und bedingte Einigung beschränken, wird u. a. von Oertmann, Etzold, Eckhardt und Rühl geteilt[65]), zum Teil unter scharfer Polemik gegen das Reichsgericht, das in mehrfachen Entscheidungen (so in RG. Bd. 64 S. 206; 64, 336; 95, 105; 133, 42 und 140, 223) betont, eine lediglich bedingte Übereignung bewirke nicht die Erfüllung. Diese Entscheidungen beruhen einmal darauf, daß das Reichsgericht eine Unterscheidung von Erfüllungshandlung und Erfüllungserfolg zumeist nicht anerkennt (RG. 64, 337: Erfüllung ist Leistung des nach Inhalt des Vertrages Geschuldeten...!), sodann aber, wie Rühl[66]) mit Recht feststellt, auf einer Verkennung des Wesens bedingter Rechtsgeschäfte. Liest man in RG. Bd. 64 S. 206 folgende Sätze: Der Wille des Verkäufers, Eigentum zu übertragen, muß in dem Moment vorhanden sein, in welchem die Bedingung eintritt. Vorher findet nach dem Vertrag die Eigentumsübertragung überhaupt nicht statt. Der dingliche Vertrag wird erst dann geschlossen, wenn die Bedingung eintritt..., so erkennt man, daß der Fall des § 455 ganz anders gelagert ist als dies reichsgerichtliche Erkenntnis, das ihn erfassen will, annimmt. Vielmehr liegt hier einer der von Oertmann[67]) erwähnten, vom Vorbehaltskauf ganz verschiedenen Fälle vor, in denen der Verkäufer bis zur Zahlung des Kaufpreises nur den Besitz überlassen, eine Eigentumsübertragungserklärung überhaupt

---

65) Oertmann; Etzold, S. 35 ff.; Eckhardt, S. 54; Rühl, § 45 II, 3; OLG. Darmstadt in Seuff. Arch. 63 Nr. 62 und OLG. 8, S. 445.

66) § 45, II, 4.

67) ZHR. 93 S. 388.

noch nicht abgegeben hat, und Rühl[68]), der auf (Planck-) Knoke verweist, kommt zu dem Schluß, daß letzthin das Vorliegen einer bedingten Übereignung in dieser Entscheidung verneint wird. Dem kann nur zugestimmt werden. Man muß mit Eckhardt annehmen, daß das Reichsgericht dem Bedingungseintritt eine für den Bestand des dinglichen Vertrages konstitutive Wirkung beimißt, jedenfalls aber nach Bedingungseintritt noch Willensäußerungen der Parteien zwecks Vornahme der Einigung erforderlich seien (RG. 95 S. 195: Der Wille des Verkäufers ... muß also noch in dem Augenblick vorhanden sein, wenn ... die Bedingung eintritt). Demgegenüber muß mit Entschiedenheit daran festgehalten werden, daß die Zahlung des Kaufgeldrestes, also der Bedingungseintritt, lediglich insofern Bedeutung hat, als sie den Eintritt des Leistungserfolges, den Übergang des unbedingten Eigentums auf den Vorbehaltskäufer auslöst[69]). Das geschieht ohne Zutun des Verkäufers, der seinen Obliegenheiten aus dem Vertrage bereits nachgekommen ist; lediglich der Käufer hat noch Handlungen vorzunehmen. Es läßt sich dagegen auch nicht einwenden, der Verkäufer habe das zur Leistung seinerseits Erforderliche noch nicht getan, denn er habe noch die Pflicht, den Kaufpreisrest anzunehmen, überhaupt eine Treupflicht gegenüber dem Käufer in der Weise auszuüben, daß er alles unterläßt, was den Eintritt des Leistungserfolges hintan halten könnte. Sicherlich besteht eine derartige Obliegenheit für den Verkäufer, aber es handelt sich für ihn bei jener ersten Pflicht nicht um eine Schuldnerpflicht, sondern nur um eine Gläubigerpflicht, bei deren Verletzung der Käufer sich gemäß § 378 dadurch helfen kann, daß er den geschuldeten Kaufpreis unter Verzicht auf das Recht der Rücknahme hinterlegt. Auch eine, gegebenenfalls analoge, Anwendung von § 162 Abs. 1 wird in einem solchen Falle zum Ziele führen. Und die Treupflicht im allgemeinen besteht nicht selbständig neben den Hauptverpflichtungen des Schuldners, sondern ist nur deren Begleiterscheinung[70]). Es muß deshalb entgegen Etzold der Meinung

68) § 45, II, 4.

69) Etzold, S. 2; weitere Nachweise bei Staudinger zu § 929 Anm. 28.

70) Enneccerus, § 228, I.

von Rühl[71]) beigestimmt werden, daß nicht erst die Erfüllung dieser Nebenpflichten den Verkäufer befreit. Eine beifallswerte Ausnahme in der höchstrichterlichen Rechtsprechung bildet RG. 66, 349, die klar ausspricht, vom Vorbehaltsverkäufer sei Übergabe und bedingte Übereignungserklärung zu fordern, mit Eintritt der aufschiebenden Bedingung werde der Käufer von Rechts wegen, durch die Logik der Tatsachen, Eigentümer. — Ein Vergleich mit den Vorschriften über die Gefahrtragung beim Grundstückskauf und beim sogenannten Versendungskauf hinsichtlich der Erfüllung der Verkäuferpflichten lehrt, daß beim Grundstückskauf das Gesetz von dem Prinzip des Gefahrübergangs mit Genügeleistung der schuldnerischen Verpflichtungen eine Ausnahme macht, denn hier läßt die Bestimmung des § 446 Abs. 2 die Gefahr bereits auf den Käufer übergehen, ehe noch der Verkäufer die ihm vertragsmäßig obliegenden Leistungshandlungen vorgenommen hat. Ob diese alternative Lösung, die der Gesetzgeber gefunden hat, in jeder Weise befriedigt, ist m. E. zweifelhaft, auch unter Berücksichtigung der Gründe, welche die Motive zu § 368, 463 des ersten Entwurfs dafür ins Feld führen, daß dem Grundstückskäufer die Gefahr auch dann aufzuerlegen sei, wenn er vor Übergabe als Eigentümer eingetragen wird. Wenn von den Verfechtern einer nur possessorischen Auffassung der Übergabe in § 446 immer wieder betont wird, lediglich die Erlangung der tatsächlichen Herrschaft über eine Sache rechtfertige den Gefahrübergang (s. darüber unten VII.), so ist diese Begründung, rein praktisch gesehen, durchaus einleuchtend und gilt gleicherweise für bewegliche Sachen wie für Grundstücke. Mit Recht fragt deshalb Martinius[72]), warum die Überwachungsmöglichkeit eine Rolle spielen solle nach der Übergabe, während sie dann belanglos sein solle, wenn dem Käufer Eigentum verschafft ist und die Übergabe noch nicht erfolgt ist.

Im Gegensatz zu § 446 Abs. 2 handelt es sich m. E. bei § 447 entgegen der herrschenden Meinung nicht um eine Ausnahme von dem Grundsatz des § 323. Das folgt aus der oben entwickelten Auffassung und der gemachten Unter-

71) Etzold, S. 35; Rühl, § 45, II, 4.
72) a. a. O. IV.

scheidung von Leistungshandlung und Leistungserfolg. Auch beim Versendungskauf geht die Gefahr auf den Käufer über, wenn der Verkäufer die verkaufte Sache an die zur Ausführung der Übersendung bestimmte Person oder Anstalt ausgeliefert hat, d. h. wenn er seinen Leistungshandlungen genügt hat, obgleich der am Erfüllungsort herbeizuführende Erfolg noch nicht eingetreten ist. Der § 447 hat neben der Besonderheit des Versendungskaufs, den zu erfassen er ursprünglich bestimmt ist, infolge der mißverständlichen Vorschrift des § 446 Abs. 1 noch die allgemeine Bedeutung erlangt, daß er in Ergänzung der letzteren Vorschrift hervorhebt, daß es hinsichtlich der Gefahrtragung bei der „Übergabe" zwecks Eigentumsverschaffung nicht auf den herbeizuführenden Erfolg, sondern auf die Verkäuferhandlungen ankommt[73]). Insofern tritt der § 447 an die Seite jener bereits erwähnten Bestimmungen, aus denen hervorgeht, daß die Unterscheidung von Handlung und Erfolg bei der Erfüllung dem Gesetz der Sache nach nicht fremd ist.

VI.

Leistung des Vorbehaltsverkäufers nach § 929 Satz 2, 930, 931 BGB.

Es bedarf noch einer Klarstellung, wie es sich mit dem Gefahrübergang beim Vorbehaltskauf verhält, wenn der Verkäufer dem Käufer die Kaufsache in anderer Weise als durch Übergabe, d. h. Einräumung des unmittelbaren Besitzes, verschafft. Die hier eingreifenden Regeln können keine anderen sein, als sie beim Kauf ohne Vorbehalt des Eigentums gelten. Wenn es richtig ist, daß das Gesetz im allgemeinen und beim Kaufe insbesondere (abgesehen von den in § 446 Abs. 2 und § 2380 gemachten Ausnahmen) den Gefahrübergang an die Vornahme der Leistungshandlungen des Schuldners (Verkäufers) knüpft, so muß dies mangels anderer gesetzlicher oder vertraglicher Bestimmung auch für die Fälle der sogenannten brevi manu traditio (§ 929 Satz 2) des Besitzkonstituts (§ 930) und endlich der Vindikations-

73) Siehe Oertmann, ZHR. 93, 393 ff.

zession (§ 931) gelten, einerlei, ob sich der Verkäufer das Eigentum bis zur restlosen Zahlung des Kaufpreises vorbehält oder nicht. Die herrschende Lehre läßt denn auch in diesen Fällen die Gefahr auf den Käufer übergehen. Geradezu selbstverständlich erscheint dies bei der brevi manu traditio, denn hier hat doch der Käufer bereits, was ihm die Übergabe zunächst verschaffen soll, nämlich den unmittelbaren Besitz[74]). Es genügt in diesem Falle also schon die bedingte Einigung über den Eigentumserwerb.

Nicht ganz unbestritten ist der Gefahrübergang bei den Übergabesurrogaten der §§ 930, 931. Nur diese Rechtsinstitute können bei strenger Auffassung als Ersatz für die Übergabe angesehen werden (vgl. auch den Wortlaut der beiden Bestimmungen: „... kann die Übergabe ersetzt werden ...", während in § 929 „die Einigung genügt", da die Übergabe bereits stattgefunden hat), sachlich ist jedoch auch die brevi manu traditio eine Abweichung von der Regel, wie die eigentlichen Surrogate es sind[75]). Werfen wir bei der Behandlung dieser Übergabesurrogate einen kurzen Blick zurück auf den geschilderten Streit über die Bedeutung des Wortes „Übergabe" in § 446, so scheint doch ein Grund für die Auffassung, daß die Übergabe Rechtsverschaffung mitumfasse, darin zu liegen, daß die Fälle der Ersatzübergabe im Gesetze an einer Stelle behandelt werden, die sich mit dem Erwerb (und Verlust) des Eigentums an beweglichen Sachen befaßt, des Eigentums also, zu dessen Verschaffung der Verkäufer dem Käufer gegenüber gemäß § 433 verpflichtet ist. Wie bereits betont, ließe sich ohne die Unterscheidung von Leistungshandlung und Leistungserfolg trotz aller Billigkeitserwägungen (darüber im Folgenden unter VII.) aus systematischen Gründen einer anderen Auffassung als der einer rechtsverschaffenden Übergabe schwerlich der Vorzug geben. Gerade die von den Vertretern einer lediglich possessorischen Auffassung der Übergabe immer wieder zu ihren Gunsten angeführte Begründung, allein die tatsächliche Herrschaft über die Kaufsache rechtfertige den Gefahrübergang, versagt beim Besitzkonstitut

74) Vgl. Titze, § 13, I: Martinius und Düringer-Hachenburg, Bd. 5, 1. Hälfte, S. 80 ff.

75) Vgl. Froelich, S. 37 Anm. 4.

und bei der Vindikationszession, ebenso wie sie angesichts des § 446 Abs. 2 hinsichtlich des Gefahrübergangs beim Grundstückskauf für den Fall nicht durchschlägt, daß die Übergabe der Einigung nachfolgt[76]).

Es dürfte Stern[77]) zuzustimmen sein, daß die Akte der §§ 930, 931 zwar ein Minus gegenüber der Verschaffung unmittelbaren Besitzes, nicht aber ein Minus hinsichtlich der Eigentumsübertragung darstellen. Hat sich also der Käufer in letzterer Beziehung nicht beschwert zu fühlen, so liegt es in seinem Belieben, ob er sich in jener Hinsicht mit dem Ersatz für den unmittelbaren Besitz zufrieden geben will. Tut er das, so heißt das für den Fall des § 930: Er vereinbart ein den Erfordernissen des § 868 entsprechendes Rechtsverhältnis mit dem Verkäufer, kraft dessen dieser den unmittelbaren, jener den mittelbaren Besitz erhält. Der Verkäufer wird nun wohl selten umständlich in Erfüllung seiner Verkäuferpflicht dem Verkäufer die Kaufsache übergeben und dann sogleich kraft des vereinbarten Rechtsverhältnisses dieselbe von ihm zurückerhalten, aber in bezug auf den Gefahrübergang ist es so anzusehen, als ob diese Akte tatsächlich erfolgten. Die Gefahrtragung regelt sich fortan nicht mehr nach Kaufrecht[78]).

Im Falle des § 931 endlich wird der Gefahrübergang von manchem allgemein für den Kauf bestritten, so von Dernburg[79]). In der Tat erlangt ja der Vorbehaltskäufer durch die Vindikationszession weder Besitz noch Volleigentum an der Kaufsache, sondern lediglich eine Anwartschaft auf das Eigentum, also zunächst sehr wenig von dem, was gemäß § 433 dem Käufer gebührt. Der Leistungserfolg ist mit der Annahme der Vindikationszession durch den Käufer noch nicht eingetreten, aber auch die Leistungshandlungen des Vorbehaltsverkäufers, nämlich Übergabe und bedingte Übereignung, haben noch nicht stattgefunden. Die Gefahr kann demnach in diesem Falle nur dann auf den Käufer übergehen, wenn er nach dem konkreten Inhalt

---

76) Vgl. aber Enneccerus, § 326, 2 Anm. 7.
77) S. 5.
78) So auch Oertmann, u. a. in ZHR. 93, 391.
79) § 174, III; früher Oertmann in Ehrenbergs Handb. 1918, IV. Bd. 2. Abt. S. 429.

des Kaufvertrages sich mit dieser Art von Leistung durch den Verkäufer zu begnügen erklärt hat [80]).

Die Fälle, in denen der Vorbehaltskäufer vertraglich seinen Verpflichtungen durch die Übergabesurrogate der §§ 930, 931 nachzukommen hat, werden nicht sehr zahlreich sein; in der Großzahl der Fälle, bei denen es sich um unter Eigentumsvorbehalt abgeschlossene, sogenannte Abzahlungskäufe nach § 1 des Reichsgesetzes betr. die Abzahlungsgeschäfte handelt, ist außer der regelmäßigen Leistung des Verkäufers nur noch Leistung durch brevi manu traditio in Rede, da zum Begriff des Abzahlungsgeschäfts nach herrschender Lehre die Erlangung unmittelbaren Besitzes an der Kaufsache durch den Käufer gehört [81]).

VII.

Das Ergebnis.

Wendet man nun die aus den bisherigen Untersuchungen gewonnene Erkenntnis auf das eingangs gegebene Beispiel an, so ergibt sich, daß der Käufer des vom Blitze erschlagenen Pferdes dem Verlangen des Verkäufers auf Zahlung der restlichen Kaufpreisraten nachkommen muß. Dieses Ergebnis kann nur dann des allgemeinen Beifalles sicher sein, wenn es neben dem durch geschichtliche und systematische Durchleuchtung des Gesetzes erfaßten Sinne desselben auch der Billigkeit entspricht. Wenn bisher unter Eingehen auf die rechtsgeschichtlichen Beziehungen in der Hauptsache eine systematische Behandlung des Problems versucht wurde, so geschah das bewußt unter Hintansetzung rechtspolitischer Erwägungen, denn andernfalls drohte die Gefahr, vor der Heyer [82]) mit Recht warnt, wenn er meint, daß der Wunsch, ein etwa als praktisch erscheinendes Ergebnis zu erhalten, nie dazu verleiten dürfe, etwas in das Gesetz hineinzulegen, was nicht darin enthalten ist. Hat man aber zunächst aus

80) Ebenso Düringer-Hachenburg, Bd. 1, 1. Hälfte S. 80; Enneccerus, § 325, I, 2 Anm. 1; Titze, Oertmann in ZHR. 93 S. 392; Eckhardt, D.

81) Vgl. Crisolli, § 1 Anm. 79 S. 115 und Anm. 20 S. 89.

82) a. a. O. S. 28.

anderen als Billigkeitserwägungen heraus ein Ergebnis erzielt, so wird dann unerläßlich sein, zu untersuchen, ob es den Bedürfnissen des Lebens entspricht. Es geht nicht an, lediglich aus Billigkeitsgründen eine Ausnahme von einem als wissenschaftlich gut fundiert angesehenen Grundsatz machen, wie Stölzle[83]) es tut. Ein solches Verfahren nennt Sinzheimer[84]) mit Recht gewaltsam und unjuristisch.

Dem in dieser Arbeit gefundenen Ergebnis stehen Billigkeitsgründe durchaus zur Seite. Die von allen denen, die, wenn auch auf verschiedene Weise, zu dem gleichen Ergebnis gekommen sind, zur Stützung ihrer Ansicht gegebene Begründung, die tatsächliche Herrschaft des Vorbehaltskäufers über die Kaufsache nach der Übergabe rechtfertige es, daß er auch die Gefahr nunmehr trage, da er jetzt die Möglichkeit der Überwachung habe und die zum Schutz der Sache gegen die ihr drohenden Gefahren notwendigen Schutzmaßregeln treffen könne, kann in der Tat nicht außer acht gelassen werden und entspricht zugleich dem alten deutschen Rechtsgefühl. Auch in Ansehung des § 459 trägt das gefundene Ergebnis der Billigkeit Rechnung, was sich ganz besonders für die Regelung der Mängelhaftung beim Viehkauf auswirkt. Gemäß § 483 beginnt hier der Lauf der Gewährfrist für die Hauptmängel mit Ablauf des Tages, an dem die Gefahr auf den Käufer übergeht. Ginge nun die Gefahr auf den Vorbehaltskäufer erst mit Erwerb des Volleigentums über, so müßte der Verkäufer einer der in § 481 genannten Vieharten noch dann haften, wenn das Vieh nach Eigentumserwerb durch den Käufer untergegangen ist, sofern sich ein Hauptmangel in der noch laufenden Gewährsfrist zeigt, eine unbillige Härte!

Zwar hat der Käufer nach herrschender Meinung die Mangelhaftigkeit zu beweisen, jedoch muß Biermann[85]) darin zugestimmt werden, daß der Käufer nicht zu beweisen hat, daß er an der zwischen Übergabe und Eigentumsübergang eingetretenen Mangelhaftigkeit schuldlos ist und daß hierfür den Beweis zu führen dem Verkäufer fast immer

83) Viehkauf, S. 188.
84) Sinzheimer, a. a. O.
85) a. a. O. a. E.

unmöglich sein wird. Überhaupt stünde es ganz im Belieben des Käufers, wann er die Gefahr übernehmen wolle, ein Umstand, der in den Fällen, wo für die Zahlung des Kaufpreisrestes ein bestimmter Zeitpunkt nicht vereinbart wurde, nicht gerade ein Anreiz für den Käufer sein wird, dieser Verpflichtung baldigst nachzukommen.

Da der Verkäufer, solange der Leistungserfolg noch nicht eingetreten ist, noch „Schuldner" ist, so werden etwaige Härten, die sich aus dem Gefahrübergang auf den Käufer auf diesen ergeben können, oftmals durch die Bestimmungen der §§ 281, 323 Abs. 2 ausgeglichen werden, wonach der Gläubiger (Käufer) Herausgabe dessen vom Schuldner verlangen kann, was dieser infolge des die Leistung unmöglich machenden Umstandes als Ersatz bekommen hat, bzw. die Abtretung des Anspruchs darauf, so z. B. des Anspruchs gegen eine Versicherungsgesellschaft.

Was endlich die Frage angeht, ob der Vorbehalt des Eigentums lediglich den Interessen des Verkäufers dient, so kann hier nur Eckhardt[86]) darin beigetreten werden, daß keine einseitige Bevorzugung des Verkäufers beim Vorbehaltskauf vorliegt, also von Nachteilen auf seiten des Käufers mit entsprechenden Vorteilen auf seiten des Verkäufers nicht die Rede sein kann, denn der Vorbehalt ist nur der Ausgleich dafür, daß der Käufer den Kaufpreis nicht sogleich zu zahlen hat. Nur so kann auch die ungeheure Verbreitung der Abzahlungskäufe mit Eigentumsvorbehalt, die durch die wirtschaftliche Entwicklung der letzten Zeit bedingt ist, ruhig betrachtet werden, ohne daß das Gerechtigkeitsgefühl und das soziale Empfinden darunter litten.

86) S. 75.